

**DERECHO A LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E
INFORMADA A LOS PUEBLOS INDIGENAS DE PANAMÁ**

Ilukaler Edwin Castillero Davis

Dirección

Profesor Douglas Cassel

*XV Edición del Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos
Humanos*

Universidad de Alcalá



INDICE

Índice de abreviaturas.....	iii
Planteamiento y Justificación del Tema.....	iv
Introducción.....	vi
CAPITULO 1.....	1
1. EL MARCO JURIDICO INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDIGENAS.....	1
A. La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada y El Derecho Internacional.....	1-2
B. En el marco del Derecho Internacional.....	2-3
a. Instrumentos de Control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	3
b. Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)...	3-4
c. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)...	4-7
d. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	7-9
e. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.....	9-10
f. Observaciones Generales de los Relatores Especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	10-12
g. Análisis del Informe del Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya.....	13-15
C. Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	15-17
D. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Derecho a la Consulta Previa.....	17
a. Caso Pueblo Kiwcha de Sarayaku vs. Ecuador.....	17-19
b. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.....	19-20
c. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam.....	20-21
CAPITULO 2.....	22
2. EL MARCO JURIDICO NACIONAL SOBRE LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DE PANAMA.....	22
A. Constitución Política Panameña y los Derechos de los Pueblos Indigenas.....	22

B. La Ley 37 de 2 de agosto de 2016, que establece la Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en Panamá.....	23-24
a. Características esenciales de la aplicación del derecho a la consulta.....	24-28
b. Lineamientos para la Consulta Previa, Libre e Informada (CPLI).....	28-29
C. La responsabilidad del Estado Panameño de garantizar el Derecho a la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informada.....	30-31
a. Fiscalización y Control en su Aplicación.....	32-33
b. La obligación de los Estados de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales.....	33-34
c. El deber del Estado de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo.....	34
d. El deber del Estado de prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre derechos humanos	34-35
e. El deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos.....	35
CAPITULO 3.....	36
3. LOS PUEBLOS INDIGENAS DE PANAMA FRENTE A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA.....	36
A. Los pueblos indígenas de Panamá.....	36-37
B. Participación de los pueblos indígenas en la Consulta Previa.....	37-38
C. Alcance territorial y recursos naturales en la Consulta.....	38-42
D. Complementación al derecho a de la consulta previa: avances y desafíos.....	42-43
E. Recomendaciones	43-44
4. CONCLUSIONES.....	45-46
5. ANEXOS (Preguntas Recurrentes de CPLI).....	47-51
6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	52-56

Índice de Abreviaturas

ANATI	Autoridad Nacional de Tierras
ANAM	Autoridad Nacional del Ambiente, Panamá
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Convenio 107	Convenio No. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales
Convenio 169	Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COONAPIP	Coordinadora Nacional de Pueblos indígenas de Panamá.
CPLI	Consentimiento Previo, Libre e Informado
DDPI	Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
MINGOB	Ministerio de Gobierno
OC	Opinión Consultiva
OACDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
ONG	Organizaciones No Gubernamentales.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OEA	Organización de los Estados Americanos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PPII	Pueblos Indígenas
PDIIPI	Plan de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Panamá
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Planteamiento y justificación del tema

En el presente trabajo deseamos cubrir los aspectos más sobresalientes desde la perspectiva del derecho a la Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informado en el marco del derecho nacional e internacional de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, en las cuales se sustenta la propuesta de reconocimiento y aspiraciones de los pueblos indígenas de Panamá, que la opinión y participación sean tomadas en cuenta, que puedan expresar su voluntad en perjuicios ocasionados en sus territorios, estándar de vida, que están plenamente reconocidos en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Declaración Universal de los Derechos Humanos, y garantizados en las leyes nacionales.

En la actualidad el tema de la Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informado y la Protección de los derechos de los pueblos indígenas de Panamá, está tomando pasos importantes, que puedan garantizar sus aspiraciones y expresar su voluntad a través de las instituciones representativas.

Para realizar esta Investigación, es de importancia tener presente los conceptos o términos que se han de emplear a través de la investigación, siendo los principales los siguientes:

Para este fin abordaremos la siguiente metodología.

Las observaciones presentadas se respaldan sobre el marco de los tratados internacionales de los Derechos Humanos, además de los informes de medidas legislativas y administrativas de la República de Panamá.

1. En el primer capítulo describiremos las fuentes del derecho internacional de la Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada de los pueblos indígenas, sobre los organismos reconocidos que la impulsan, sobre la evolución y el alcance jurídico, que serán revisadas comenzando por los Convenio OIT 107 y 169, siguiendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, por ultimo las observaciones de los relatores especiales en relación al marco del cumplimiento.

2. En el segundo capítulo abordaremos sobre el marco jurídico nacional panameña como la constitución política, la legislación y la institucionalidad del derecho a La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada, y para finalizar abordaremos el mecanismo de responsabilidad del Estado de crear normas e instancias que garanticen el acceso a la justicia.
3. En el tercer capítulo destacaremos la participación de los pueblos indígenas de Panamá, al derecho a La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada y de los avances y desafíos, sobre el derecho a la tierra y el territorio, su exclusión de la escena pública, y la participación de diversos grupos comprometidos con esta iniciativa y medir el grado de cumplimiento y logros.

Por último, termina con la presentación de una serie de conclusiones con las que se pretende reflexionar sobre el tema. De ese modo, se presenta los diferentes escenarios que fueron sucediéndose durante el transcurso la investigación, después, exponer los principales aportes y los límites del planteamiento desarrollado, a un nivel más general, bibliografías consultadas y los documentos empleados durante la preparación de la investigación y finalmente anexo sobre las preguntas frecuentes.

Muchas son las personas con las que tengo una deuda de gratitud por su apoyo personal. Sería largo y tedioso para el lector que hiciera mención a todos ellos aquí, por lo tanto, simplemente quiero dedicar un especial recuerdo al doctor Douglas Cassel y a mi familia, hermanos, amigos y en especial a mis padres Efraín, Eneida, Nigdili, Marly, Greis, y Sugey.

INTRODUCCIÓN

El derecho a La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada de los pueblos indígenas en Panamá, constituye tema obligatorio por quienes abogan los derechos de los pueblos indígenas nacionales e internacionales quienes buscan fortalecer su identidad, y mejorar la condición de vida dentro del Estado en que viven.

Las poblaciones indígenas manifiestan la urgencia de tratar el tema y la necesidad de establecer reglas, procedimientos y procesos que validen los derechos de los pueblos indígenas de Panamá.

Uno de los temas que ha estado siempre en discusión y negociación en materia de Derecho Indígena ha sido el Derecho de Consulta de los Pueblos Indígenas en los proyectos que ha de ejecutarse en sus territorios ancestrales, legalizados o no, y ha sido incluido en los instrumentos internacionales.

Panamá, a pesar de que no ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo de 1989, cuenta con medidas legislativas y administrativas que reconocen y legalizan los territorios indígenas, donde se encuentran la mayor parte de los recursos de la biodiversidad. En los últimos años las políticas económicas y las estrategias geopolíticas del Estado panameño, han puesto su mirada en los territorios indígenas.

Al igual que otros grupos humanos que habitan el territorio panameño, los pueblos indígenas en términos generales gozan de los mismos derechos y libertades consagrados en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales ratificados por Panamá, pero esto no impiden que ellos puedan gozar derechos especiales, a razón de los patrones culturales propios que poseen, los cuales hacen diferenciar de otras culturas.

Poco a poco fueron incorporados en la legislación panameña y en las leyes especiales los derechos de los pueblos indígenas.

En el presente analizaremos las diferentes medidas legislativas y administrativas normas ambientales y las instituciones tradicionales indígenas que toman decisiones en los proyectos que ha de ejecutarse en los territorios indígenas.

Analizaremos algunas medidas y experiencias sobre las implicaciones que han tenido en la vida de los indígenas de Panamá.

CAPITULO 1

1. EL MARCO JURIDICO INTERNACIONAL A LOS PUEBLOS INDIGENAS

A. La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada y El Derecho Internacional.

Es un mecanismo de adopción obligatoria a nivel internacional por parte de los Estados, del compromiso con las normas de los tratados y un derecho de los pueblos indígenas, prevista en El Convenio N.º 107¹ sobre poblaciones indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo el primer instrumento internacional de gran trascendencia que enunció los derechos de las poblaciones indígenas y tribales y las obligaciones de los Estados, Convenio 169 de la OIT², sobre los derechos de los Pueblos indígenas,³ instrumentos de defensa, que busca reconocer la preservación de su integridad cultural, promoviendo su participación y autonomía. A través de la Consulta, que sean parte activa de todas las decisiones que puedan llegar a afectarles como comunidad y sociedad.

Es importante destacar que Panamá es Estado parte de los tratados de derechos humanos más relevantes en el marco del SIDH y en el de Naciones Unidas, aplicables a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Se hace por ello sumamente importante recordar que las disposiciones internas deben de ser interpretadas a la luz del derecho internacional aplicable que reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas de Panamá.

Por lo tanto, como Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, Panamá se encuentra con la responsabilidad de acatar al cumplimiento de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948). Asimismo, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 18 de julio de 1978 y

¹ El Convenio N.º 107, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, Aprobado el 26 de junio de 1957.

² El Convenio N.º 169, sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT, entra en vigor el 5 de septiembre de 1991.

³ Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Adopta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 29 de junio de 2006 y La Asamblea General de la ONU, aprueba el 13 de septiembre de 2007.

reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 9 de marzo de 1987. Panamá ha ratificado la mayoría de los tratados interamericanos de derechos humanos.

La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada, son derechos que aportan a la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, es importante destacar desde el punto de vista del cumplimiento adecuado del deber del Estado de consultar y lograr consentimiento que ha de garantizar la adopción de esos derechos.

La Consulta y Consentimiento pueden llevarse a la práctica de diferentes formas, dentro del análisis los Estados deben buscar alternativas en formulación de leyes que se hagan efectiva el cumplimiento del deber y la necesidad de establecer un proceso adecuado a fin de que los pueblos indígenas puedan participar plenamente y expresar su voluntad en la elaboración y aprobación de temas relevantes que garanticen un ambiente saludable y sostenible en beneficios de su pueblo. Y que esos derechos no deben considerarse independientes, ya que son vinculantes a otros derechos, trascendentales como a la libre determinación, a las tierras, territorios y recursos y a elevar el nivel de vida los pueblos indígenas.

” [...] Cuyo objeto es decidir cuáles serían las medidas más adecuadas para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, en particular la Declaración [...]”⁴

B. En el marco del Derecho Internacional.

La Consulta y Consentimiento, Previo, Libre e Informada, entendida como derecho fundamental, nació en el Sistema Internacional, El fundamento legal del Consentimiento, Previo, Libre e Informada, como base de la consulta es la Declaración Universal de los derechos de los Pueblos Indígenas 2006, Aprobada por la Comisión de los Derechos Humanos, Artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, Organización

⁴ Victoria Tauli- Corpuz, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 21 de julio de 2017, párrafo 62

Internacional del trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los países independientes.

a. Instrumentos de Control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Desde comienzos del Siglo XX la Organización Internacional de Trabajo (OIT), se identificó con los problemas trascendentales de toda la situación de los pueblos indígenas por las precarias condiciones a las que estaban sometidos.⁵ Décadas después, luego de estudiar de manera integral su situación, aprobó un cuerpo legal exclusivo que se encargó de abordar las relaciones y obligaciones de los Estados para con los pueblos indígenas.

Existen dos Convenios de la OIT significantes con relación a los derechos indígenas: la Convención 107, de la década de 1950, y la Convención 169, de 1989.

El cambio fundamental entre la Convenios 107 y la 169, la última está basada en las costumbres de los pueblos indígenas, tradiciones, culturas y formas de tomar decisiones, más que en la asimilación. No obstante, los pueblos indígenas también están cubiertos por una serie de convenios de la OIT relacionados con los derechos laborales.⁶

La OIT no tiene el mandato de ser un tribunal, por lo que no puede aplicar sanciones con autoridad de ley. No obstante, los mecanismos de control implementados han fortalecido la fuerza legal que se requiere a nivel nacional para reportar el progreso en su cumplimiento.

b. Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁷

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue el primer organismo internacional que se ocupó de los asuntos indígenas. Desde su creación en 1919, la OIT ha defendido los derechos de los grupos cuyas costumbres, tradiciones, instituciones o

⁵ OIT (2003), Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual, Ginebra, pp. 3-5.

⁶ Programa ONU- REDD, *Segundo Taller Regional sobre Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado*, ciudad de Panamá, octubre 2013, Página 12

⁷ Convenio 107 de la OIT sobre pueblos indígenas. Sin embargo, sigue vigente para los Estados que lo ratificaron, pero que todavía no han ratificado el Convenio 169 de la OIT.

idioma los separan de otros sectores de las comunidades nacionales, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos.

En 1953, este organismo, la OIT, publicó un estudio sobre poblaciones indígenas y la recomendó sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales. Esos fueron los primeros instrumentos jurídicos internacionales creados específicamente para proteger los derechos de las poblaciones cuyos estilos de vida y cuya existencia estaban entonces, como ahora, amenazados por las culturas dominantes.

El Convenio 107 (1957) de la OIT fue aprobado en Ginebra y ratificado por nuestro país el 4 de junio de 1971, este instrumento jurídico es relativo a la protección e integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales en los Países Independientes.

c. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁸

Es el elemento central del marco normativo internacional para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Es un instrumento internacional legalmente vinculante que, una vez ratificado, establece que el Estado goza de un año para adaptar y alinear su legislación, políticas y programas al Convenio mismo antes de que ésta se vuelva legalmente vinculante⁹. Los países que ya han ratificado el Convenio están sujetos a la supervisión y comentario con respecto a su implementación por parte de un comité de vigilancia.

Una vez ratificado el Convenio este se convierte en Ley y, entonces, la responsabilidad del Estado es de aplicar e implementar el Convenio para proteger y promover los derechos de los indígenas. Al hacerlo, la convención es suficientemente amplia como para permitir alguna flexibilidad en su implementación.

⁸ El Convenio 169 reemplaza al anterior Convenio 107 de la OIT sobre pueblos indígenas.

⁹ J. Hartling, “*Guía de buenas prácticas para la consulta previa en las américas*”, Konrad Adenauer Stiftung e. V. 2017.

Así, el Convenio 169 «rompe con el paradigma tradicional de los derechos fundamentales, que siempre consideraron a un ciudadano como un individuo aislado de su comunidad o pueblo y de sus relaciones culturales».¹⁰

La referencia para establecer las obligaciones de los Estados en el área de la consulta ha sido el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que es el principal tratado internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y que ha sido ratificado por la inmensa mayoría de los Estados de América Latina.

El principal artículo del Convenio 169 establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas “mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”¹¹

El Convenio 169 tiene dos postulados básicos¹²: El derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio.

Los Pilares fundamentales para la implementación de los derechos de los indígenas: ¹³ Acción sistemática y coordinada requerida por el Estado para la implementación de la OIT 169 ¹⁴; El derecho a la consulta ¹⁵; El derecho a la participación.¹⁶

¹⁰ Ch. Mónica (2010), *Derechos colectivos y nacionalidades, Evaluación de una década 1998-2008*, IWGIA, Quito, p. 27.

¹¹ Victoria Tauli-Corpuz, Informe de presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, para el coloquio internacional sobre la Consulta Libre, Previo e Informado: Estándares y Experiencias internacionales y regionales (Ciudad de México, 8 de noviembre de 2016), párrafo 1

¹² Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. Página 8

¹³ J. Hartling, “Guía de buenas prácticas para la consulta previa en las américas”, Konrad Adenauer Stiftung e. V. 2017. Página 11.

¹⁴ Artículo 2 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁵ Ibidem, Artículo 6

¹⁶ Ibidem, Artículo 7

La consulta es un proceso de diálogo intercultural, con la finalidad de alcanzar un acuerdo o consentimiento. La consulta debe ser llevada a cabo por el gobierno con la activa participación de los pueblos indígenas; debe respetar las estructuras tradicionales, así como sus métodos para la toma de decisiones. Todos los acuerdos alcanzados mediante la consulta son obligatorios o vinculantes y deben ser entregados por escrito. Los pueblos indígenas siempre deben tener acceso a las vías legales para asegurar que sus derechos sean respetados.

El Convenio núm. 169 de la OIT, establece que los Estados deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente artículo 6. Los órganos de derechos humanos han afirmado sistemáticamente el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en los asuntos que guardan relación con sus derechos¹⁷.

El derecho a la Consulta de conformidad con los estándares de derechos humanos no solo debe tomar como base el Convenio 169 de la OIT, si no también lo establecido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos Humanos. La implementación de la consulta no debe violar otros derechos de los pueblos indígenas y cualquier regulación que les afecte debe contar con la participación de estos.¹⁸

Finalmente, para que exista igualdad participativa y se cumpla con los estándares internacionales, es fundamental que todos los actores con poder de influencia y decisión promuevan y contribuyan a que se respete el Consentimiento, Libre, Previo e Informado y de buena fe de los pueblos indígenas. Las condiciones que han contribuido a la desigualdad y marginación de los pueblos indígenas deben ser urgentemente abordadas buscando la coherencia entre las diferentes instituciones, instrumentos y mecanismos de derechos humanos, siendo los pueblos indígenas sujetos centrales en el ejercicio de su

¹⁷ Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 29 de julio de 2016, (A/71/2291), párrafo 11

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos 36° (A/HR/36/NGO/64), 30 agosto de 2017, párrafo 5

derecho a la libre determinación. Los Estados tienen el deber de garantizar y proteger los derechos de los pueblos indígenas frente a terceros, incluidas las empresas.

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, los siguientes tipos de medidas administrativas y legislativas requieren consulta:¹⁹

- Autorización para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios indígenas (Art. 15);
- Antes de una reubicación (lo cual requiere consentimiento) (Art. 16);
- Antes de considerar el traspaso de territorios indígenas (Art. 17);
- Cuando se implementan u organizan programas especiales de entrenamiento (Art. 22);
- Al considerar la adopción de medidas para enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma (Art.28)

d. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (Declaración).²⁰

Es resultado de un largo proceso de diálogos y negociaciones, fue adoptada por la mayoría de los países en septiembre 2007²¹. Esta declaración establece derechos individuales y colectivos, así como derechos de cultura, identidad, lenguaje, empleo, salud, educación y otros. No es considerada un instrumento vinculante por sí solo, pero si establece un compromiso político importante para los Estados, debido al aumento de jurisprudencia relacionado con derechos indígenas y de otros instrumentos para la defensa de los derechos humanos, se considera que esta declaración es de importancia global.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en lo referente a la celebración, por parte de los Estados, de consultas con los pueblos indígenas, establece que estas se realizarán “por conducto de sus instituciones representativas, a fin de obtener su Consentimiento Libre, Previo e Informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos

¹⁹ Programa ONU- REDD, *Segundo Taller Regional sobre Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado*, ciudad de Panamá, octubre 2013, Página 14

²⁰ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007, Doc. ONU A/Res/61/295.

²¹ 143 países a favor y cuatro países votaron en contra de esta declaración (Estados Unidos, Australia, Canadá y Nueva Zelanda), pero luego la apoyaron.

minerales, hídricos o de otro tipo”, por tanto, el mecanismo adoptado parece estar mayormente orientado a las zonas urbanas, es poco accesible a los pueblos indígenas y no concuerda con la forma tradicional de adopción de decisiones a través de sus Congresos²².

(...) los Estados Miembros deberán actuar de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, en particular, celebrando consultas adecuadas con los pueblos indígenas afectados, respetando el derecho al consentimiento libre, previo e informado en todas las etapas, y asegurando al mismo tiempo la adopción de medidas de mitigación, una indemnización y la participación justa y equitativa en los beneficios.²³

En particular cabe mencionar como las normas más recientes y de mayor importancia en lo referente al derecho de la Consulta Previa. Este cuerpo legal es predecesor de los Convenios 107 y 169 de la OIT y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2007 y se enfoca principalmente al derecho de los pueblos indígenas a proteger sus tierras, territorios.

En particular es importante destacar, que la Declaración, es un instrumento: “más completo y avanzado sobre los derechos de los pueblos indígenas”.

“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”.²⁴

Los siguientes artículos describen el derecho a la Consulta, para obtener el Consentimiento, Libre, Previo e Informado.²⁵

Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en la toma de decisiones con respecto a las cuestiones que afecten sus derechos. La participación debe realizarse a través de sus representantes, los cuales deber ser escogidos por ellos, de

²² Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos “*Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central*”, Tomo 2, Edición: noviembre de 2011 página 246.

²³ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el 17º, periodo de sesiones, (E/2018/43E/C.19/208/11), párrafo 28.

²⁴ Artículo 1, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas.

²⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Naciones Unidas.

acuerdo a sus procedimientos y, además, deben mantenerse y desarrollarse por sus propias instituciones.

Artículo 19: Los Estados deben consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, antes de adoptar decisiones o implementar medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar.

Artículo 32.2: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

e. Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)²⁶, creó en virtud de su resolución 2000/22 el Foro Permanente²⁷ en atención a la solicitud de los pueblos indígenas de un órgano de alto nivel que promoviera el diálogo y la cooperación entre los Estados miembros, los organismos de las Naciones Unidas y los pueblos indígenas.

El propósito principal de su mandato radica en asesorar al Consejo Económico y Social en lo relativo al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos, es importante destacar sus funciones principales conforme lo siguiente:

1. Prestar asesoramiento especializado y formular recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo, así como a los programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo;
2. Difundir las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promover su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas.

²⁶ El Consejo Económico y Social (ECOSOC), fue establecido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar el trabajo de los organismos especializados.

²⁷ Los pueblos indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Folleto informativo N.º 9/Rev.2 Nueva York y Ginebra, 2013, Páginas 13-15

El Foro Permanente se reunió por primera vez en 2002. Durante sus períodos de sesiones anuales, que duran dos semanas, examina y evalúa la labor del sistema de las Naciones Unidas relativa a los pueblos indígenas y sus derechos. Un destacado elemento de su labor está constituido por los estudios llevados a cabo por sus miembros en torno a asuntos concretos que atañen a los pueblos indígenas.

f. Observaciones Generales de los Relatores Especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas es uno de los denominados procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, estableció en 2001, el mandato del Relator Especial, mantenido en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos²⁸. El relator se pronuncia fundamentalmente a través de informes anuales que presenta al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que se centran en temas específicos de la situación de los pueblos indígenas. Adicionalmente, envía comunicaciones confidenciales con recomendaciones a los Estados basándose en información que recibe sobre violaciones o amenazas a los derechos indígenas, y realiza diferentes actividades de seguimiento a las recomendaciones a los Estados y a las agencias de las Naciones Unidas, tanto a partir de las visitas a los Estados como en los informes anuales. Entre estas actividades de seguimiento, el relator organiza seminarios, foros y redacta informes. A pesar de no ser vinculantes, y de tener un bajo nivel de implementación.

El Relator Especial puede responder con rapidez si la situación justifica la respuesta y si tiene capacidad al respecto, y no es necesario que el demandante agote antes las vías nacionales de reparación.

Las comunicaciones enviadas por el Relator Especial son, por lo general, de dos tipos:

1. Llamamientos urgentes, en caso de peligro de violación inminente, y
2. Cartas de denuncia, en caso de que la violación ya haya tenido lugar o de que la urgencia de la situación sea menor.

²⁸ Rodolfo Stavenhagen (México) fue el titular de 2001 a 2008 y James Anaya (Estados Unidos) es el titular desde 2008.

La respuesta más habitual del Relator Especial es entablar un diálogo sobre la cuestión con el Gobierno en cuestión (A/HRC/18/35/Add.1).²⁹

A pesar de lo antes señalado, toda vez que Panamá ha expresado constitucionalmente su acatamiento a las normas del derecho internacional³⁰, en la actualidad Panamá no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, tanto el Comité de los Derechos Humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, le han manifestado al gobierno de Panamá su preocupación por no haber obtenido el “Consentimiento Previo Libre e Informado” por parte de las comunidades para explotación de los recursos naturales en sus territorios³¹.

Para los efectos de la consulta previa, en materia de explotación de recursos, la CIDH, ha planteado los elementos que dicha consulta debe cumplir, entre ellos son:³²

1. Garantizar la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, respetando su cultura y tradiciones, con respecto a cualquier explotación, plan de inversión o extracción en sus territorios.
2. Determinar beneficios racionales del plan de desarrollo para los pueblos indígenas, garantizados por el Estado.
3. Realizar un estudio de impacto previo, por entes independientes e idóneos, bajo la supervisión del Estado.

Según, el Relator Dr. Rodolfo Stavenhagen³³, puso en evidencia la brecha de incumplimiento existente entre las obligaciones contenidas en los textos jurídicos ratificados por los Estados y las condiciones en las que estos viven. Esta situación, señaló, se debe a que, aunque en el plano internacional se asuman obligaciones para la protección y desarrollo de sus derechos, la institucionalidad nacional no procede en consecuencia. Es en ese contexto que se da el otorgamiento inconsulto de licencias de exploración y

²⁹ Folleto Informativo N° 9/ Rev.2, Los Pueblos Indígenas y el Sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, 2013, Página 34 www.ohchr.org.

³⁰ Artículo 4, *Constitución Nacional de Panamá*, señala que “Panamá acata las normas del Derecho Internacional”

³¹ J.Panay. *Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas de Panamá*, Página 177.

³² CIDH, Yakye, Axa, y Sawhoyomxa vs. Paraguay y el del pueblo Saramaka vs Surinam (Sentencia del 28 de noviembre de 2007)

³³ Informe del Primer Relator, Dr. Rodolfo Stavenhagen (2001-2007), Sobre la situación de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

explotación de la naturaleza en sus territorios, dando lugar a una problemática persistente en países en los que están vigentes el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas.

De allí que las luchas y demandas de los pueblos indígenas traspasen las fronteras en el esfuerzo de lograr la restitución de sus derechos en el plano internacional, especialmente ante los órganos de los tratados de derechos humanos de la ONU y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Según el relator Dr. James Anaya, la consulta debe realizarse de buena fe con miras a llegar a acuerdo o lograr consentimiento; se debe generar clima de confianza que permita un dialogo productivo; los pueblos indígenas tienen que recibir la información objetiva, completa sobre todos los aspectos del proyecto; El Estado debe hacer estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever; los pueblos indígenas deben conocer los estudios de impacto en la primera etapa de la consulta de modo de sea posible realizar observaciones; el consenso que se busca no es solo relacionado con la mitigación y compensación sino también con la distribución equitativa de beneficios; Los Estados no pueden transferir o delegar el deber de celebrar consulta a las empresas privadas³⁴.

En este tema en particular El Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en relación con el derecho de consulta previa, libre e informada: “ (...) *la elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación*” Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades.

³⁴ J. Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos. A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009.

g. Análisis del Informe del Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya³⁵

Con respecto a la opinión del informe del Dr. James Anaya³⁶, ex relator de los Pueblos Indígenas, quiero hacer algunas connotaciones sobre las observaciones emitidas con relación al alcance al desarrollo de los proyectos en los territorios Indígenas, basados dentro de las normas del convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y en la interpretación de estos instrumentos que han desarrollado progresivamente los órganos y mecanismos internacionales del derecho a la protección de los derechos humanos.

Por los fundamentos expuestos en el presente informe, somos de la opinión, que es necesario conocer la realidad de los procesos en torno a los pueblos indígenas que empiezan su reconocimiento de la forma de ver el desarrollo desde su perspectiva sin afectar su entorno.

El deber de los Estados de consultar con los pueblos indígenas sobre la participación al reconocimiento de sus derechos, peticiones, con harás en buscar soluciones a los problemas que enfrentan en la actualidad en su entorno, en asuntos políticos, económicos, pero la acción de los Estados debe tender a generar las condiciones que permitan el ejercicio de la mayor cota posible de libre determinación indígena.

Ahora bien, para entender conforme a las normas internacionales conciben la consulta como un proceso de diálogo y negociación de buena fe, en el que las partes involucradas, Estado y pueblos indígenas, deben realizar esfuerzos para llegar a acuerdos sobre las medidas previstas.

Aunque idealmente la consulta debería conducir a un acuerdo total sobre la medida o medidas propuestas, también sería posible una situación en la que se logaran alcanzar acuerdos parciales sobre al menos algunos de los aspectos más relevantes de dicha medida.

Por el contrario, si se concibe la consulta como la expresión de un voto a favor o en contra de los proyectos, se estaría impidiendo considerar estos proyectos como una

³⁵ Informe del Relator, 7 de junio de 2011, A/HRC/18/35/Add.3, Párrafo 35-47

³⁶ Relator 2008-2012

suma compleja de acciones que deben constituir el diálogo o negociación, incluyendo la adopción de medidas de prevenir la reparación de los impactos negativos del proyecto.

Los pueblos indígenas deberían tener derecho al veto de los proyectos, contrario a lo que sucede con la consulta previa donde esto no se da, y porque este es el mecanismo para garantizar la efectiva participación de estos pueblos en las decisiones que puedan afectarles.

En este sentido es importante destacar que, la consulta previa se fundamenta en el derecho a la participación, la cual en últimas no implica la toma definitiva de la decisión por parte de los pueblos indígenas, contrario a lo que sucede con el consentimiento libre, previo e informado que se fundamenta, en el principio a la libre determinación de los pueblos, en virtud del cual pueden establecer su condición política, lograr sobre los proyectos que logren afectarles y además les permita a los pueblos indígenas tomar la decisión final directamente.

En este sentido, consideramos que debemos avanzar en lo señalado por la Declaración de Pueblos Indígenas, y abogar para que los Estados, la acepte o suscriba sin ningún tipo de reserva, a fin de obtener así el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos.

La consulta previa no es sólo un mecanismo jurídico, es más un proceso colectivo que, como lo han propuesto las comunidades, debe brindar oportunidades para su propio desarrollo, y para decidir sobre el uso y manejo de los recursos naturales.

Como se planteó anteriormente, quien decide al final es la autoridad y la OIT ha señalado que la consulta previa no implica que los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo porque: “Ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país... El artículo 7 (1) Exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones.

Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a

los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”.

C. Opinión Consultiva Oc-23/17 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.³⁷

Consideraciones de la Opinión Consultiva en las cuales la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, opina con relación a la consulta presentada por Colombia.

El análisis del tema, la Corte aclara el desarrollo sostenible, en tanto “indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida”.³⁸

Las obligaciones reales y de procedimiento de los Estados en materia de protección del medio ambiente que surgen del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal.

No obstante, este Tribunal destacó que otros tipos de derechos podrían verse afectados por el incumplimiento de las obligaciones ambientales, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales protegidos por el Protocolo de San Salvador, la Convención Americana y otros tratados e instrumentos, específicamente, el derecho a un medio ambiente sano, de lo anterior la Corte opinó que:

- a. Los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en dicho instrumento a toda persona bajo su jurisdicción.
- b. El ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado acarrea su responsabilidad por las conductas que le sean atribuibles y que se aleguen violatorias de los derechos consagrados en la Convención Americana.

³⁷Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

³⁸ Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia Medio Ambiente y Derechos Humanos.

c. La jurisdicción de los Estados, en cuanto a protección de los derechos humanos de las personas bajo la Convención Americana, no se limita a su espacio territorial. El término jurisdicción en la Convención Americana es más extenso que el territorio de un Estado e incluye situaciones más allá de sus límites territoriales. Los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, aunque no estén dentro de su territorio.

d. El ejercicio de la jurisdicción bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana, fuera del territorio de un Estado, es una situación excepcional que debe analizarse en cada caso concreto y de manera restrictiva.

e. El concepto de jurisdicción bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre la o las personas, sea dentro o fuera de su territorio.

f. Los Estados deben velar porque su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño significativo al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de los límites de su territorio. Por tanto, los Estados tienen la obligación de evitar causar daños transfronterizos.

Los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su control afecten los derechos de las personas dentro o fuera de su territorio, actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuente violación de derechos humanos.

D. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Derecho a la Consulta Previa.

Cabe destacar sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han fortalecido la protección de los Pueblos Indígenas en varios países de Latinoamérica, por lo que haremos énfasis en las siguientes Jurisprudencias:

Sobre este particular, la Corte se refiere de los Casos siguientes:

A. Pueblo Indígena Kiwcha de Sarayaku vs. Ecuador ³⁹

Esta sentencia sin duda constituye el aporte más trascendental y el más profundo de los derechos de los pueblos indígenas y que sirve de ejemplo de inspiración de luchas de muchos pueblos y personas alrededor del mundo.

El presente informe, tiene como finalidad de analizar la jurisprudencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la aplicación del derecho a la consulta previa. El estado al impulsar un proyecto dentro del territorio de los pueblos indígenas, sin antes de haberle informado, consultado, mucho menos logrado el consentimiento. La actividad impuesta significó para los afectados: Destrucción ambiental, violencia, persecución, agresiones e incluso el deterioro de los sitios sagrados.

Cabe destacar la sentencia favorable, es fruto de esfuerzo de los pueblos indígenas de Sarayaku, valorado como un hito en la lucha de los pueblos indígenas por la reivindicación de sus derechos.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia aborda varios temas importantes: en el caso específico de nuestra investigación, destacamos lo siguiente:

- 1- El desarrollo a la Consulta libre, previo e informada a los pueblos indígenas y los estándares de su aplicación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó, que El Estado deberá indemnizar, por los daños ocasionados por la actividad petrolífera en los territorios Indígenas, que violaron el derecho, sin haber realizado La Consulta, y Consentimiento Libre, Previo e Informado. Y por consiguiente el Estado deberá garantizar esos derechos.

³⁹ Sentencia “Caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*”, Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafos 177-227

Nos referimos a la exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo Kichwa, sin haber consultado apropiadamente a las comunidades afectadas.

Por otro lado, en los fundamentos (Párrafo 178, sentencia Caso Sarayaku), la Corte Interamericana lo que considera, a la luz de la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del derecho internacional, los elementos esenciales del derecho a la consulta. Constituye, por cierto, una obligación de los Estados demostrar que se han cumplido con cada uno de ellos. A saber: a) El carácter previo de la consulta, b) La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, c) La consulta adecuada y accesible, d) El estudio de impacto ambiental, y d) la consulta informada.

En relación con los estudios de impacto ambiental, aquí mencionados, la Corte indicó que los estudios de impacto ambiental sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad indígena.

La Corte Interamericana incorporó por primera vez el concepto de identidad cultural⁴⁰. que ha reconocido al desconocer el derecho ancestral de las comunidades de los pueblos indígenas. Así, la sentencia indica que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, costumbres, lenguas, deben respetar ciertas pautas en función de su entorno, bajo el principio de no discriminación. En este sentido, y para mayor comprensión, nos permitimos citar dos instrumentos internacionales que tienen mayor relevancia en el conocimiento de derecho de la identidad cultural de los pueblos indígenas, Convenio No.169 OIT⁴¹, y la Declaración de las Naciones de los Pueblos Indígenas⁴²

Finalmente, la Corte establece que las actividades de la empresa violaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la propiedad comunitaria. El Estado Ecuatoriano fue declarado responsable por violación a los derechos, por haber celebrado el contrato con la empresa sin haber realizado la consulta previa ni obtenido el

⁴⁰ (Párrafo 212, sentencia caso Sarayaku)

⁴¹ Artículo 2.2 (b)

⁴² A/Res/61/295, 10 de diciembre de 2007

consentimiento de la población afectada, y por no impedir que la empresa realice sus actividades en territorio indígena. La Corte subrayó que en adelante no podrá realizarse ninguna actividad en Ecuador y en el territorio de los Sarayakus sin llevar a cabo la consulta previa apropiada.

Esta sentencia sin duda constituye el aporte más trascendental y el más profundo de los derechos de los pueblos indígenas y que sirve de ejemplo de inspiración de luchas y reivindicaciones de muchos pueblos y personas alrededor del mundo.

B. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam⁴³

El presente informe, tiene como finalidad referir las jurisprudencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la participación efectiva a través de la aplicación y evaluación previa de impacto ambiental y social.

Según el criterio del Estado, El derecho a la Consulta es un instrumento que busca asegurar y proteger a los Pueblos Indígenas, sin embargo, el Estado de Surinam, no tenía previsto oficialmente un protocolo para la implementación del consentimiento previo, requisitos exigidos en materia internacional, que los Estados deben respetar las tradiciones e idiosincrasia de los pueblos indígenas y que sean partícipes en temas coyunturales y toma de decisiones sobre el derecho a la consulta, de igual manera la Corte ha reiterado que se debe garantizar la participación de los afectados, garantizándoles sus derechos en las acciones que afecten su estilo de vida, al inicio de la explotación de una actividad en los territorios que involucren afectaciones en su estándar de vida.

Conforme a la legislación el Estado de Surinam, antes de iniciar cualquier actividad u concesión los derechos de los pueblos indígenas son considerados en el momento de iniciar una actividad, según art 41 del Ley de Gestión Forestal, respetar los derechos de las comunidades.

⁴³ Sentencia “*Caso del Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam*”, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Párrafos 204- 212

Por los fundamentos expuestos en el presente informe, somos de la opinión que este precedente es destacable, la voluntad del Estado al manifestar, sobre la elaboración de un protocolo que garantice el reconocimiento y las debidas consultas a las autoridades tradicionales como legítimos representantes.

C. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam⁴⁴

Cuya sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen por primera vez a los pueblos afrodescendientes como titulares de derechos indígenas en el 2007; y adopta el derecho al libre consentimiento, previo, informado, y de acuerdo con las costumbres y tradiciones en el 2008.

Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento.

Por razones señaladas en el análisis contenido del presente informe, cabe destacar sobre esta sentencia en particular, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que la jurisprudencia para pueblos indígenas les sea aplicada a Saramaka. Al respecto, El pueblo Saramaka, no pertenece a los pueblos indígenas, sin embargo, tienen algunas características similares, conforme lo planteado, el Estado de Surinam no ha adoptado el Convenio N° 169 de la OIT, los derechos de esta comunidad tribal se derivaron de los tratados internacionales de derechos humanos y del artículo N° 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó, en virtud de la cual el Estado debe consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones; esta consulta es a través de instituciones representativas que viene a ser de los pueblos indígenas y sus autoridades generales según sus usos y costumbres, debe obedecer a principios de proporcionalidad y no discriminación en donde se haga participe a todos los pueblos y nacionalidades indígenas que tuvieren interés en una determinada ley o actividad, esta representatividad debe responder a una pluralidad de perspectivas de identidades, geográficas, de género y generación, de idioma del pueblo o pueblos consultados; y ante la imposibilidad de contar con todos los pueblos o nacionalidades se

⁴⁴ Sentencia “Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam”, Sentencia 28 de noviembre de 2007, párrafo 133-137

deben buscar procedimientos para hacer partícipe de la consulta al mayor número de pueblos posibles teniendo en cuenta las limitaciones materiales, instituciones.

Este caso sienta un claro precedente para el derecho a la consulta en toda la región. La Corte estableció en el fallo que, en caso de proyectos que ocupen grandes superficies, con considerables impactos sobre la población, el Estado no solo debería consultar a dicha población, sino que debería obtener su consentimiento.

Finalmente, se debe consultar de conformidad con sus propias tradiciones, desde el inicio de las primeras etapas en cualquier proyecto de desarrollo y no solamente para obtener la aprobación de la comunidad, de acuerdo con nuestra opinión es evidente que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.

CAPITULO 2

2. EL MARCO JURIDICO NACIONAL SOBRE LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DE PANAMA.

A. Constitución Política Panameña y los Derechos de los Pueblos Indigenas.

Los tratados internacionales son vinculantes para Panamá, en virtud de la disposición constitucional consignada en el artículo 4.” De lo anterior, se desprende que los derechos humanos se encuentran protegidos no solo por la propia Constitución Política de la República de Panamá, sino también para los tratados internacionales de los cuales somos parte.

La Constitución Política de la República de Panamá reconoce claramente el respeto a la cultura e identidad étnica de los grupos indígenas del país, tal como lo señala la referida Carta Magna.

“Artículo 90. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos”.⁴⁵

Por otra parte, de manera muy específica, la aplicación de la consulta previa sobre asuntos de los territorios indígenas se desprende de la norma constitucional que precisamente reconoce estos territorios.

“Artículo 127. El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras”.⁴⁶

Estas normas constitucionales consagran claramente el derecho al territorio de los pueblos indígenas. Este derecho es desarrollado por vía de las leyes comarcales, las cuales dan vida a las comarcas existentes en Panamá (Guna Yala, Ngäbe- Buglé, Emberá–Wounaan, Wargandí y Madugandí), en las cuales se establece el concepto de colectividad de la tierra, prohibiéndose la apropiación privada y la enajenación de las mismas a cualquier título.

⁴⁵ Constitución Política de la República de Panamá, Cultura Nacional, Capitulo 4º

⁴⁶ Constitución Política de la República de Panamá, Régimen Agrario, Capitulo 8º

B. La Ley 37 de 2 de agosto de 2016, que establece la Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en Panamá.⁴⁷

En el caso particular de Panamá, a pesar de no haber ratificado el Convenio 169 de la OIT, otras normas internacionales y el procedimiento interno garantizan los principios fundamentales de la Consulta Previa, Libre e Informada, que hace obligatoria en el territorio panameño. En términos generales, la norma aplicable está contenida en los artículos 11 y 12 del Convenio 107 de la OIT.⁴⁸

El entender correctamente la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado, conlleva temas que afectan a la población y en caso específico de los pueblos indígenas, el derecho colectivo, tenemos que desarrollar el significado de cada uno de los elementos que la conforman, sin embargo, no existe a nivel específico, una norma que desarrolle el mecanismo de la Consulta Previa en Panamá, tampoco se determina quién la realizará o de quién es la responsabilidad.

El alcance de la Ley 37 de 2 de agosto de 2016, establece la obligatoriedad de consultar a las comunidades indígenas por parte de las entidades estatales antes de la adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente los derechos colectivos, la existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas. Se incluyen también en esta consulta los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, comarcal y regional que afecten directamente estos derechos.

El derecho a la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a los pueblos indígenas será obligatorio para las comarcas, áreas anexas, tierras colectivas y tierras ancestrales, el cual será ejercido a través de sus instituciones y mecanismos tradicionales e instancias representativas a nivel local, comarcal, regional y nacional.

⁴⁷ Ley 37 de 2 de agosto de 2016, Gaceta oficial No. 28090-A, 5 de agosto de 2016

⁴⁸ J. Ospina. *“La Consulta Previa en Panamá, Los Casos De Las Hidroeléctricas Barro Blanco, Chan I y Chan II”*, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2015, página 6

Los Acuerdos a los que lleguen el Estado, empresas y autoridades comarcales tradicionales en Panamá, serán de carácter obligatorio para las partes. Para este efecto las autoridades tradicionales deben estar registradas debidamente en el Ministerio de Gobierno. Esta Ley será reglamentada por el Ministerio de Gobierno, la norma entrará a regir el 30 de junio del 2017.⁴⁹

a. Características esenciales en la aplicación del derecho a la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado

Con la finalidad de garantizar la participación efectiva de los integrantes de los pueblos indígenas en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado Panameño está obligado conforme:

Artículo 1. Se establece el ejercicio del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas que el afecten sus derechos colectivos, entendiendo como éstos sus tierras, territorios, recursos, modos de vida y cultura.

La finalidad de la consulta es alcanzar los acuerdos de consentimientos entre el Estado y los pueblos indígenas⁵⁰, que fue recogido en los siguientes artículos:

Los principios rectores del derecho a consulta son los siguientes.

- 1. Oportuna.** El proceso de consulta es un derecho indispensable y obligatorio que se realiza previo a todas medidas legislativas a ser adoptadas por los organismos y dependencias del Estado.
- 2. Buena fe.** Se refiere a que en el proceso de la consulta se debe actuar con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo; tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.
- 3. Interculturalidad.** Es el ejercicio de la participación ciudadana respetuosa e incluyente de las diversas identidades culturales, que promueven el diálogo y la interacción de las visiones y saberes de las diferentes culturas.
- 4. Procedimientos apropiados.** Los organismos y dependencias del Estado determinarán las consultas con estricto respeto a los procedimientos culturalmente apropiados de las nacionalidades y pueblos indígenas y, en particular, a través de sus organizaciones e instituciones representativas.
- 5. Flexibilidad.** La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medidas legislativas o administrativas que se busque adoptar, tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de las comunidades y pueblos indígenas y sus organizaciones e instituciones representativas a nivel local, comarcal, regional y nacional, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

⁴⁹ Artículo 10, Ley 37 de 2 de agosto de 2016, Página 3.

⁵⁰ Artículo 4, Ley 37 de 2 de agosto de 2016, Página 1-2.

6. Plazo razonable. El proceso de consultas se realizará considerando plazos razonables, teniendo en cuenta los usos y costumbres de las comunidades, pueblos indígenas y sus organizaciones e instituciones representativas, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

7. Información oportuna. Tienen derecho a recibir por parte de los organismos y entidades de Estado, toda la información objetiva, oportuna, sistemática y veraz con una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en sus propias lenguas.

8. Ausencia de coacción o condicionamientos. La participación en la consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno, ya que tiene la finalidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado respecto de las medidas legislativas y/o administrativas que afecten los derechos colectivos.

Los principios de procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta son las siguientes.⁵¹

1. **Consentimiento.** Es la decisión manifestada en consenso de los pueblos indígenas sobre los asuntos sometidos a su consideración.
2. **Libre.** Sin restricción, intimidación ni manipulación o coerción.
3. **Previo.** El consentimiento manifestado a cualquier autorización y respetando las exigencias cronológicas de los procesos de consulta propia de los pueblos indígenas.
4. **Informado.** Proporcionar información transparente, objetiva, oportuna, sistemática y veras que impliquen los siguientes aspectos, entre ellos.
 - a. Naturaleza, amplitud, ritmo, reversibilidad y alcance.
 - b. Razón u objetivo;
 - c. Duración
 - d. Zonas que se verán afectadas,
 - e. Evaluación preliminar del impacto económico, social, cultural, legal y ambiental, incluido los posibles riesgo y beneficios,
 - f. Procedimientos culturalmente apropiados a su cultura, lengua y formas organizativas.

El propósito de la consulta es realizar desde las primeras etapas del inicio de cada proyecto, recurrir a divulgar para una adecuada discusión en las comunidades indígenas e involucrar a los afectados para darle una respuesta cónsona y adecuada al Estado.

En este sentido, la consulta no debe limitarse en trámites formales, sino que debe estructurarse como un verdadero instrumento de participación, que debe prometer el mayor diálogo entre las partes basado en confianza y respeto mutuo, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.

⁵¹ Artículo 5, Ley 37 de 2 de agosto de 2016, Página 2

En ese sentido, toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de un clima de tranquilidad y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aprobación.

Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.

La consulta previa implica que esta debe llevarse antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar las comunidades, incluyendo medidas legislativas, y que las comunidades sean involucradas lo antes posible en el proceso.

Tratándose de medidas legislativas los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, sin restringirse meramente a propuestas.

En el ámbito Nacional, la Ley 41 de 1998⁵², señala principios fundamentales sobre la Consulta Previa, referidas en los siguientes artículos:

Artículo 102. Las tierras comprendidas dentro de las comarcas y reservas indígenas son inembargables, imprescriptibles e inalienables. Esta limitación no afecta el sistema tradicional de transmisión de tierras en las comunidades indígenas. Las comunidades o pueblos indígenas, en general, sólo podrán ser trasladados de sus comarcas y reservas, o de las tierras que poseen, mediante su previo consentimiento.

En caso de ocurrir el traslado, tendrán derecho a indemnización previa, así como a la reubicación en tierras comparables a las que ocupaban.

Artículo 103. En caso de actividades, obras o proyectos, desarrollados dentro del territorio de comunidades indígenas, los procedimientos de consulta se orientarán a establecer acuerdos con los representantes de las comunidades, relativos a sus derechos y costumbres, así como a la obtención de beneficios compensatorios por el uso de sus recursos, conocimientos o tierras.

⁵² Ley General del Ambiente de Panamá, Gaceta Oficial de Panamá, N.º 23,578.

Tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas como las leyes que crearon las comarcas indígenas establecen que las comunidades indígenas tienen derecho a ser consultadas antes de que se desarrollen actividades de aprovechamiento de los recursos naturales en sus territorios, en aras de que sean indemnizadas por los danos y perjuicios que ocasionen dichos trabajos y para que sean partícipes de los beneficios que se deriven de estas.

La Ley No 72 de 2008 señala que las entidades gubernamentales y privadas de Panamá coordinarán con las autoridades tradicionales los planes, programas y proyectos que se desarrollen en sus áreas, a fin de garantizar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas.⁵³

Debido a la existencia de territorios indígenas que no están dentro de los límites territoriales de las comarcas, se hizo efectiva una demanda de larga data de los pueblos indígenas con referencia a la adjudicación de la propiedad colectiva de tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas.

En la actualidad hay disposiciones legislativas en materia ambiental que regulan la participación ciudadana durante la elaboración y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental, como es el Decreto Ejecutivo No 123 de 14 de agosto de 2009. La ANAM realiza sesiones informativas sobre proyectos de concesión; sin embargo, las mismas no se constituyen en instancias de consulta y participación de los pueblos indígenas conforme lo establecen las normas internacionales⁵⁴ en el que se establece el procedimiento que se utilizara para la adjudicación de la propiedad colectiva.

Esa falta de reconocimiento de la propiedad de tierras ha sido motivo de preocupación de varios Órganos de Tratados de Derechos Humanos. El Comité de Derechos Humanos (CDH) expreso, en sus Observaciones Finales de 2008.⁵⁵ El Estado panameño debe reconocer los derechos de las comunidades indígenas que se encuentran

⁵³ Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos “*Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central*”, Tomo 2, Edición: noviembre de 2011 página 85

⁵⁴ Informe del Equipo de país de Naciones Unidas de Panamá para el examen periódico Universal, Párrafo 47.

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, 92º, Periodo de Sesiones. 17 de marzo al 4 de abril de 2008, CCPR/C/PAN/C0/3. 17 de abril de 2008. Párrafo 21.

fuera de las comarcas, incluido el derecho al uso colectivo de las tierras ancestrales. Sus moradores le manifestaron al Relator Especial de Pueblos Indígenas, durante su visita de 2009.⁵⁶

b. Lineamientos para la Consulta Previa, Libre e Informada (CPLI)⁵⁷

Los instrumentos jurídicos tanto nacionales e internacionales reconocen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados a través de procesos participativos, previo a la toma de las decisiones que afecten sus vidas y sus derechos. Para realizar la consulta es necesario tener en cuenta las siguientes características:

Buena fe: Debe desarrollarse en un ambiente de confianza, honestidad, respeto a los valores y a las cosmovisiones diferentes, no con el afán de cumplir un procedimiento o como una formalidad.

Transparencia: El MINGOB y sus instancias correspondientes deben entregar toda la documentación e información necesaria para que las comunidades conozcan sobre el proyecto a implementarse, sin reserva alguna. Hablar con la verdad sobre los alcances del proyecto, lo que es posible y lo que no es posible hacer, dar suficientes y fundadas razones para aquello. Esto evitará que se genere resentimientos o rechazo al proyecto por parte de los actores o a su vez crear falsas expectativas.

Oportuna: El CPLI debe realizarse durante el proceso de diseño e implementación de los proyectos.

Amplio apoyo comunitario: Con todo el proceso se debe lograr la voluntad expresa de participar en el proyecto a través de un acuerdo entre las instituciones y las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas.

Instituciones organizativas propias: La CPLI se realizará en estricto respeto a las instituciones, estructura, autoridades, normas y procedimientos.

⁵⁶ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Observaciones sobre la Situación de la Comunidad Charca de la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrica Chan 75. A/HRC/12/34/Add.5, 7 de septiembre de 2009.

⁵⁷ Implementación del Plan de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Panamá, 17 de enero de 2018, Páginas 96-98.

Flexible: La diversidad cultural existente en Panamá exige que la CPLI será adecuada a cada una de las realidades sin dejar de considerar los principios primordiales.

Participación de hombres y mujeres: Al ser un derecho de las mujeres la participación en todos los procesos, en la CPLI se garantizará la participación de las mujeres y hombres, pudiendo ser en un 50% de cada uno de los géneros.

Idioma: El uso del idioma materno genera confianza, seguridad y por ende la participación de todos los asistentes.

Finalidad: Lograr el acuerdo con los actores y PI, sobre el diseño del proyecto y la implementación del mismo, a través del diálogo intercultural. Garantizar la participación de Pueblos Indígenas en la toma de decisiones, planificación, gestión y rendición de cuentas, así como disminuir los posibles impactos negativos que se presenten.

Responsable: Él MINGOB, es el responsable de realizar la CPLI, para el efecto contará con un equipo técnico, capacitado en mecanismos de resolución de conflictos, mediación, justicia indígena, derechos colectivos y con suficiente dominio del proyecto y las herramientas de la CPLI.

Categorías Principales de Actores por Consultar: Comunidades beneficiarias; Partes Interesadas; Personas afectadas por el proyecto; Organizaciones comunitarias involucradas en el proyecto; Organizaciones sociales y culturales de mujeres y jóvenes; Organismos de desarrollo comunitario. Como parte de la estrategia de participación, con la necesidad de dar el seguimiento participativo a las acciones de los proyectos se tendrá que diseñar un sistema que permitirá la retroalimentación de los procesos y la incorporación de lecciones que generen nuevos conocimientos y avances en la fase de la ejecución de los proyectos.

C. La responsabilidad del Estado de garantizar el Derecho a la Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informada.

Lo primero que debemos señalar al analizar la posición estatal de la consulta previa es que nos encontramos frente a un Estado, constitucionalmente presidencialista.

Esta condición hace del Estado panameño un ente con poca disposición por la consulta y una amplia disposición a la imposición. En el caso de Panamá, no se ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, la norma actual aplicable está contenida en los artículos 11 y 12 del Convenio 107 de la OIT.

Frente a ese estado de cultura política, han sido precisamente las exigencias sociales y las presiones internacionales las que han llevado a los gobiernos de turno a ir cediendo espacios de consulta y participación, ya sea por medio de leyes que garantizan estos derechos, por medio de mecanismos que simulan este derecho a consulta o porque la situación los ha obligado a dar esta apertura a la consulta.

Dentro del análisis, pese que todo Ley es de estricto cumplimiento, de este modo los gobiernos ven en la consulta previa un requisito determinante que deben cumplir para realizar cualquier tipo de proyecto y los programas que desean impulsar. En este sentido, a pesar de que se plantea muchas veces la importancia de la consulta previa, no existen evidencias de un real convencimiento de la importancia en la gestión pública de las autoridades en turno. En muchos casos, la consulta no se realiza de forma amplia y tampoco de forma informada. Muchas veces, la información se confunde con consulta, es decir, no se cumple con el análisis previo e informado de la población, para dar su aprobación o no a los proyectos o los programas.

Por otra parte, a pesar de que la ley impone estos mecanismos de consulta previa, los gobiernos buscan mecanismos, para dilatar y poder obviar en lo posible este derecho a la consulta. Tal es el caso de los estudios de impacto ambiental, donde se generó una modificación que permite que ciertos proyectos del Estado puedan obviar los estudios de impacto ambiental y basarse en guías de buenas prácticas en el desarrollo de proyectos.

Por lo tanto, la consecuencia que se nos toca vivir en Panamá en los años recientes es una visión gubernamental de poca o nula consulta previa, hasta que explosión social obliga a instituir la misma, revertir leyes y retroceder en acciones.

No hay una unidad de procedimientos de los pueblos indígenas para los efectos de la consulta, esta diversidad responde a las formas, costumbres y tradiciones que cada uno de estos grupos tiene. Desde esta visión, debemos distinguir entre el procedimiento necesario para el diálogo que permita conciliar los intereses entre el sector gubernamental, el sector empresarial y los grupos indígenas, y el procedimiento de consulta al cual tienen derecho todos los pueblos indígenas, en las materias que los afectan directamente en sus territorios.

Para iniciar cualquier tema de diálogo con los grupos indígenas, se hace necesario entender el enorme respeto que tienen por sus autoridades tradicionales. La base fundamental de la toma de decisiones de los pueblos indígenas recae sobre estas autoridades. Cada grupo étnico delega en ellas su representatividad y sabe perfectamente quiénes son sus representantes legítimos.

Dada la multiplicidad de mecanismos tradicionales de consulta que presentan los pueblos indígenas de Panamá, el determinar un organismo que se encargue de organizar y facilitar el proceso de consulta previa, siempre salvaguardando y respetando los procedimientos tradicionales establecidos para cada grupo étnico, de una forma culturalmente correcta, representa otro avance significativo en la validación de procesos de consulta previa y facilitaría su implementación.

El proceso de consulta previa debe, además, garantizar que se reconozcan y respeten los principios fundamentales de la propia consulta, de modo que las partes sientan que el producto de esta representa un acuerdo real, garantizado, nacido de diálogo y consensos, que satisfagan en lo posible a las partes, de modo que los acuerdos sean cumplidos sin que las partes se sientan agraviadas por los mismos.

El Estado es poco proactivo en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. En tal sentido, no se le considera como garante de los derechos, hay falta de

voluntad política, sino también mala fe en lo relativo al cumplimiento de los compromisos internacionales en este campo. La consulta sigue siendo vista como un mero procedimiento o un simple trámite más del proceso de adjudicación de concesiones y permisos para actividades empresariales o estatales en sus territorios.

En ocasiones, el Estado deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de autorizar cualquier actividad económica que afecte a los territorios de los pueblos indígenas y tribales. La jurisprudencia del SIDH ha establecido también que la consulta debe realizarse “*de conformidad con las costumbres y tradiciones*” de los pueblos indígenas.⁵⁸

Algunos Estados sin tomar en cuenta lo establecido en los estándares internacionales, han planteado reglas, metodologías y cronogramas, sin la participación de los pueblos indígenas ni las comunidades afrodescendientes, lo cual genera el rechazo inmediato a la consulta. Esto crea gran confusión, tanto en las comunidades indígenas como a nivel público y empresarial, desgasta a las partes, acrecienta las asimetrías y soslaya las bases normativas y procedimentales indispensables para generar condiciones para el diálogo.

a. Fiscalización y control en su aplicación

Corresponde al Estado la tarea de y cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales.

El Estado debe garantizar los derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar un territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta.

⁵⁸ Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” Expediente de Apelación de Sentencia 4785-2017 Of. 4 referencia 1076-2016, párrafo 31, página 12

Esto con la finalidad de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones conforme los estándares internacionales.

El Estado debe fiscalizar y controlar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en otras actividades o acuerdos que haga con terceros o privados, o en el marco de decisiones del poder público que afectaría sus derechos e intereses.

Los Estados están obligados a adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

Por ello las disposiciones sobre el derecho a la propiedad colectiva deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras internacionales relevantes.

b. La obligación de los Estados de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales

La obligación de protección el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas y la obligación de prevenir las violaciones de estos, solo es posible si que el Estado supervisa y fiscaliza efectivamente a las empresas y a los privados que intentan explotar muchas veces de forma ilegal, los recursos naturales que hay dentro del territorio de los pueblos indígenas.

Esta es una de las grandes novedades de este informe. Lo que la CIDH precisa, es la obligación jurídica de regular las operaciones de las empresas, las cuales muchas veces se refugian en su extraterritorialidad para no asumir sus responsabilidades frente a los derechos de los pueblos indígenas. En palabras de la CIDH.

“Dicho marco debe incluir métodos efectivos de supervisión y debe tener mecanismos accesibles de acceder a la justicia cuando violaciones a los derechos humanos ocurren. Ello puede involucrar negociaciones entre los Estados en donde las compañías operan y los de origen desde un inicio, como acuerdos bilaterales y otros tipos

de acuerdos antes que la compañía extranjera sea aceptada para conducir negocios”. (Informe CIDH, párrafo 76)

c. El deber del Estado de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo

Una de las características de nuestro ordenamiento jurídico, es que, si bien aún no se ha reconocido la jerarquía normativa constitucional del Convenio 169 de la OIT y las normas de rango legal. Esto implica al desarrollo que ha hecho, las normas internacionales de derechos humanos, las normas de rango legal y reglamentario expedidas por el Congreso, las aprobadas por los gobiernos regionales y locales, así como las normas reglamentarias aprobadas por el Gobierno.

Esta obligación encuentra su fundamento en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), norma sobre la cual se ha desarrollado la doctrina de la obligación del Estado de remover los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden una real vigencia de los derechos humanos. Según esta norma de la CADH, “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

d. El deber del Estado de prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre derechos humanos.

El Estado no solo debe evitar las violaciones de los derechos humanos, sea por funcionarios públicos o privados, sino que tiene la obligación jurídica de prevenir dichas violaciones cuando tiene conocimiento de esta amenaza, y siempre que sea posible evitar las mismas.

Esto significa que no prevenirlas, teniendo los recursos y la infraestructura para hacerlo implica y ocasiona responsabilidad de los Estado. En efecto, cada vez que ocurre un caso de grave contaminación ambiental, o de grave afectación a derechos humanos por acción de terceros, especialmente de empresas extractivas, es usual que las empresas eludan su responsabilidad, cuestionando la relación de causalidad entre esos actos de contaminación y sus actividades de explotación económica de recursos naturales. De igual forma, es recurrente que el Estado evada su responsabilidad en dichos actos

cometidos por terceros, culpando de contaminación a privados. La consecuencia práctica es no solo la impunidad sino también la indefensión de las víctimas, que por lo general son grupos sociales en situación de desventaja con elevados niveles de vulnerabilidad en sus derechos.

e. El deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos.

A pesar de que existen normas que reconocen el derecho al acceso a la justicia y a la protección judicial, existen un conjunto de barreras que aún impiden el acceso a la justicia de las poblaciones indígenas. Hay barreras económicas, por ejemplo, toda vez que litigar es muy costoso. Hay barreras culturales e idiomáticas, toda vez que los que administran justicia no solo hablan otra lengua, sino no entienden la cosmovisión de los pueblos indígenas. Hay barreras geográficas toda vez que los que imparten justicia se encuentran muy lejos de los territorios donde viven los pueblos indígenas. Todo ello impide el acceso a la justicia.

No se trata de sugerencias, sino que en la medida en que estas obligaciones están reconocidas en normas y jurisprudencia de la Corte IDH, estamos ante obligaciones jurídicas de cumplimiento obligatorio, exigibles jurídica y judicialmente. Es más, la Corte Suprema, reunida en pleno jurisdiccional ha establecido la obligación de los jueces de todo el país, de realizar el control de convencionalidad cuando realicen el control difuso.

Esto significa que, al momento de aplicar las normas legales y las normas reglamentarias, los jueces deberán evaluar antes, si éstas y aquéllas son compatibles con los tratados internacionales de derechos humanos y con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Esto implica que, si una norma legal o reglamentaria es violatoria o incompatible con un TIDH o una sentencia de la Corte IDH, aquéllas no deberán ser aplicadas.⁵⁹

⁵⁹ Obligación de los jueces de aplicar control de Convencionalidad.

CAPITULO 3

3. LOS PUEBLOS INDIGENAS DE PANAMA FRENTE A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA.

A. Pueblos Indigenas de Panamá.

“(…) la autoidentificación de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental. Este es un criterio subjetivo del Convenio núm. 169, que asigna una importancia fundamental a si un pueblo determinado se considera indígena o tribal y a si una persona se identifica como perteneciente a ese pueblo (OIT: 2009, 10)”⁶⁰

En el ámbito interamericano, la CIDH ha seguido la autoidentificación del pueblo o comunidad como criterio fundamental para el establecimiento de su carácter como indígena. En efecto, ha afirmado que el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”⁶¹

Con relación a los elementos objetivos, el Convenio 169 de la OIT determina su aplicación a los pueblos.

“(…) considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven *todas* sus propias instituciones y sociales, económicas, culturales y políticas o *parte* de ellas”

⁶⁰ Los Derechos de los Pueblos Indigenas y Tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT.

⁶¹ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Documento OEA/Ser/L/V/II, Documento, 34, 28 de junio de 2007, Párrafo 216.

La población total de Panamá asciende ahora a 3,405,813 habitantes, de los cuales un 12.3%, es decir, 417,559 personas que se autodenominan como indígenas en Panamá aproximadamente 12% de la población total.⁶² Hay cinco territorios legalmente reconocidos (Comarcas) de pueblos indígenas que cubren el 35% del territorio nacional. Aunque el Gobierno de Panamá reconoce a los pueblos indígenas y ha hecho algunos avances en las áreas de titulación de tierras y reconocimiento cultural, Panamá no ha ratificado el Convenio OIT 169⁶³.

Los derechos de los pueblos indígenas conforme al derecho internacional han evolucionado partiendo del derecho internacional vigente, incluidos los tratados de derechos humanos, en función de las circunstancias en que se encontraban los indígenas y sus peticiones, como los derechos a sus tierras, territorios y recursos y a la libre determinación. Desafortunadamente, en la actualidad muchos de los pueblos indígenas siguen encontrando problemas diversos en la esfera de los derechos humanos. Las mayores dificultades a las que hacen frente los pueblos indígenas en el ámbito de los derechos humanos derivan de la presión de recursos en actividades relacionadas con el desarrollo y la extracción de recursos. Los pueblos indígenas han tenido un acceso sin precedentes a procesos jurídicos y normativos relativos a los derechos humanos y han participado plenamente en ellos, indicio de su influencia en las decisiones internacionales que les afectan. A continuación, se analiza esta dinámica con mayor detenimiento⁶⁴.

B. Participación de los Pueblos Indígenas en la Consulta Previa.

Un país en dónde, sin que el Estado haya ratificado el Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas han logrado realizar procesos participativos de consulta en asambleas comunitarias con capacidad de vetar el proyecto que se pretenda realizar. Esto es posible, gracias al disfrute de la autonomía que gozan desde la creación de la ley comarcal.

⁶² XI Censo Nacional de Población y VII de Vivienda, llevado a cabo el 16 de mayo de 2010.

⁶³ J. Hartling, Guía de buenas Prácticas para la Consulta Previa en las Américas, Konrad Adenauer Stiftung, e.V., 2017, Página 35.

⁶⁴ Folleto Informativo N° 9/ Rev.2, Los Pueblos Indígenas y el Sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, 2013, Página 4 www.ohchr.org.

Resalta la importancia de la interacción entre los pueblos indígenas y el Estado, la participación de diálogo entre los grupos, ha sido el mayor beneplácito en beneficio de del bienestar en común.

Los procesos de consulta son vitales, pero hay una realidad comunal y otra de negociación. Existen medidas inconsultas a los pueblos indígenas, sobre todo de comunidades lejanas a quienes no se les consulta abiertamente desde su propio sentir, con su propio vocabulario.

Sin embargo, esto no es reconocido ampliamente por toda la población. Plantea que prácticamente declaran. Una emergencia para decir dónde están y cómo decir que quieren que les tomen en cuenta. Ellas tienen su propio autogobierno y reconocimiento al territorio en cinco comarcas, pero en la práctica, el gobierno se inmiscuye en los asuntos internos.

Uno de los temas que ha estado siempre en discusión y negociación en materia de Derecho Indígena ha sido el Derecho de Consulta de los Pueblos Indígenas en los proyectos que ha de ejecutarse en sus territorios ancestrales, legalizados o no, y ha sido incluido en los instrumentos internacionales.

Esta realidad, junto a la nula participación ciudadana en la elaboración de políticas públicas en materia de energía, ambiente, pueblos indígenas y otras pertinentes, es la base del descontento de los pueblos indígenas por la forma en que se ejecutan o pretenden ejecutar los proyectos, el cual se añade al descontento por el fondo o la esencia de los proyectos, que implican la violación del derecho al territorio y otros derechos relacionados. En definitiva, los procesos de consulta y consentimiento no se realizan de manera efectiva en ninguna fase del proceso de planeación o ejecución de proyectos.

C. Alcance Territorial y Recursos naturales en la Consulta:

Para comprender la situación de los pueblos indígenas de Panamá desde el punto de vista territorial, es necesario hacer referencia al Artículo 86 de la Constitución Política de Panamá, que señala que:

“El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizara programas concernientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creara una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos”

El problema de la consulta previa está ligado con las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Primero, por la especial relación cultural, espiritualidad que los pueblos indígenas tienen con su territorio. Segundo, por el alto número de proyectos y medidas sujetos a consulta previa que pueden tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas.

Para entender claramente se crea Ley 72 de 2008 de 23 de diciembre de 2008, Gaceta oficial No. 28090 “Que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de tierras de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas”⁶⁵ y el Decreto Ejecutivo N.º 223 de 29 de 06 de 2010 que reglamenta la Ley⁶⁶

“Esta Ley tiene como objetivo establecer el procedimiento especial para la adjudicación gratuita de la propiedad colectiva de tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas, en cumplimiento del artículo 127 de la Constitución Política de la República de Panamá”.⁶⁷

“Las entidades gubernamentales y privadas coordinarán con las autoridades tradicionales los planes, programas y proyectos que se desarrollen en sus áreas, a fin de garantizar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas”⁶⁸.

Además el Foro Permanente exhorta a los Estados a que entablen conversaciones con los pueblos indígenas cuyas tierras tradicionales se han incorporado en zonas protegidas, con miras a llegar a acuerdos vinculantes que no solo reconozcan los intereses legítimos de la conservación de la vida silvestre, sino que también reconozcan y garanticen los derechos de esas comunidades de conformidad con los artículos 8 2), 18, 19, 26 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁶⁹

⁶⁵ Ley 72 de 2008 de 23 de diciembre de 2008, Gaceta oficial No. 28090

⁶⁶ Decreto Ejecutivo N.º 223 de 29 de 06 de 2010

⁶⁷ Artículo 1, Capítulo 1, Ley 72 de 2008 de 23 de diciembre de 2008

⁶⁸ Artículo 14, Capítulo III, Ley 72 de 2008 de 23 de diciembre de 2008

⁶⁹ Foro permanente de las cuestiones Indígenas, Informe sobre el 17º periodo de sesiones, E/2018/43 E/C.19/2018/11), Párrafo 28

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del derecho de propiedad, contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁷⁰ “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos”⁷¹.

Con base en ello, la Corte IDH ha establecido salvaguardias especiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de los pueblos indígenas;
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;
- 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.⁷²

El Artículo 127 de la Constitución Política de Panamá, señala que:

⁷⁰ Artículo 21 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

⁷¹ Corte IDH, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C. No. 284, Párrafo 111

⁷² Corte IDH, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C. No. 284, Párrafo 117

“el Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social.”

En base a esta disposición se crearon en Panamá las cinco comarcas indígenas con territorios reconocidos para el uso colectivo de las tierras por parte de sus habitantes, y reservadas para lograr su bienestar cultural, económico y social.

La segunda parte del Artículo 127 indica que:

“la Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras”.

En el Informe del Relator James Anaya, reitera al Gobierno de Panamá la recomendación sobre la realización de un procedimiento de consulta con los pueblos indígenas que sea compatible con las normas internacionales pertinentes.⁷³

“Para los pueblos indígenas la tierra representa la vida, por lo que su usufructo colectivo (familiar) y sostenible, los recursos naturales, vegetales, flora, fauna y minerales forma parte de su existencia y la alteración, usurpación, exploración a través de megaproyectos como hidroeléctricas, minas, plantaciones exóticas, invasores pondría en peligro la continuidad de la vida de nuestros pueblos y del universo”⁷⁴

Mediante el Decreto No 30 de 22 de febrero de 2011, el gobierno nacional se comprometió a no aprobar autorizaciones para explotar yacimientos mineros en los territorios de las comarcas indígenas.

A la falta de titulación de los territorios indígenas se suma la invasión de los territorios, titulados o en reclamo, por parte de población no indígena. Esta conflictividad ha originado situaciones de violencia y, en algunos casos, atentados contra la vida e integridad de las personas. Las autoridades y líderes indígenas que participaron en el taller de validación del presente Diagnostico expresaron sentir una ausencia del Estado en la resolución de estos conflictos.

⁷³ Recomendaciones de Relatores Especiales sobre el Derecho a la Alimentación, Derecho a la Vivienda, enviaron una carta al Gobierno de Panamá, expresando su preocupación sobre supuestos abusos sufridos por los miembros de la comunidad, Párrafo 299.

⁷⁴ Informe Alternativo al Comité CEDAW, La Voz de las mujeres indígenas de Panamá, 2009, Página 4

Al igual que el resto de los pueblos indígenas de la región centroamericana, los pueblos indígenas de Panamá han expresado su disconformidad y preocupación por los proyectos de desarrollo económico basados en la extracción o explotación de recursos naturales que se ejecutan en sus territorios sin su consentimiento previo, libre e informado.

Ante esta situación, las autoridades indígenas solicitaron, en los talleres de validación y definición de un plan de acción, la creación de un mecanismo de consulta y participación mediante el cual el Estado les presente los planes, programas, proyectos, medidas legislativas, administrativas o políticas públicas, que pretende elaborar y que les afectan directamente.

D. Complementación al derecho a de la consulta previa: avances y desafíos

Son múltiples los desafíos que se deben superar para poder llegar a establecer un proceso de consulta previa adecuada con los pueblos indígenas de Panamá; entre ellos,

- El primer desafío y quizás el más importante es lograr, por parte del gobierno, el reconocimiento de los diferentes instrumentos internacionales que garantizan el derecho a la consulta previa, específicamente, el Convenio 169 de la OIT.
- Lograr una reevaluación de la visión del Estado, en la cual se reconozcan los derechos de los pueblos indígenas y se les incluyan como parte importante de la nación.
- Aceptación política social de la relación indisoluble que hay entre los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa. Además, el respeto a sus costumbres y tradiciones apunta a reconocer su derecho a ser consultados en cuanto a aquellas materias que pueden afectar su modo de vida, su tierra y su identidad.
- Reconocer que los pueblos indígenas presentan brechas en el proceso de desarrollo que deberán ser saldadas para poder mejorar sus condiciones de vida.

- Evitar imposiciones y consensuar visiones de desarrollo, respetando las particularidades de las partes involucradas.
- Otro de los retos a superar es la falta de diálogo real entre los sectores empresariales del país y los grupos indígenas. En muchos casos, las malas prácticas de grupos privados que han intentado invertir en las comarcas, han generado un recelo por parte de los diferentes grupos indígenas, los cuales no ven con suficiente confianza al sector empresarial y no lo identifican como un aliado en su propio desarrollo. La inversión privada es necesaria para que las comarcas puedan generar crecimiento y recursos para su desarrollo.
- Es necesaria la institucionalización de la consulta previa como una práctica que genera gobernabilidad. El reto para los gobiernos está en comprender que, en la medida que consultamos no sólo a los pueblos indígenas, sino a todos los sectores sociales del país, generamos estabilidad y gobernabilidad, lo que se traduce en mayor efectividad y reconocimiento, elementos fundamentales para un buen gobierno.
- Instar a las instancias internacionales correspondientes para que hagan un llamamiento al Estado para el cumplimiento de las obligaciones relativas al derecho a la consulta previa, libre e informada y la protección de los derechos de los defensores y defensoras, ahora criminalizados.
- Instar al Estado, por la vía institucional y legal nacional e internacional a cumplir sus deberes y obligaciones internacionales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.

E. Recomendaciones:

- Los pueblos indígenas sugieren la reglamentación del derecho de consulta del que gozan los pueblos indígenas como un mecanismo de dialogo sobre las medidas que les afectan.

- Los diálogos incluyeron debates sobre la penalización de las actividades de los defensores de los derechos humanos de los pueblos indígenas; la falta de consultas para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; la necesidad de una participación efectiva de los pueblos indígenas en la Agenda 2030. (...) ⁷⁵
- Establecer un mecanismo internacional consistente en una instancia independiente de personas expertas que no estén vinculadas con las empresas ni con el Estado, para el acompañamiento a los procesos de consulta previa en los diferentes Estados, que los monitoree de acuerdo con estándares e indicadores e informe sobre su desarrollo a los actores nacionales y a la comunidad internacional.
- Instar a las organizaciones propias de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a que promuevan legislación secundaria, decretos y otros instrumentos legales que “blinden” tanto su derecho a la consulta previa, libre informada como sus derechos territoriales y colectivos.
- Instar y capacitar a los pueblos indígenas para que, desde su cosmovisión, formulen y ejecuten planes comunitarios y culturales de gestión ambiental para mitigar los impactos de los proyectos, los que podrían patentar.

⁷⁵ Foro Permanente para las cuestiones Indígenas Informe sobre el 17º Periodo de sesiones (E/2018/43E/C.19/2018711) Párrafo 85.

CONCLUSIONES

Los derechos de consulta y Consulta Libre Previo e Informado se encuentran plenamente fundamentados en el derecho internacional de los derechos humanos y se integran en diferentes marcos normativos y jurisdiccionales que establecen obligaciones directas para los Estados. Especialmente para todos aquellos que han ratificado el Convenio No. 169 de la OIT.

Los Estados tienen a su alcance herramientas suficientes para concretar las formas en las que debe reconocerse y aplicarse estos derechos gracias al desarrollo que se ha producido en diferentes mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. La aplicación de estos derechos significa una obligación irrenunciable para los Estados en cuanto que actúan como garantía para la supervivencia de los pueblos indígenas y para la protección de sus derechos humanos. La no aplicación de estos derechos por cualquier instancia jurídica o administrativa de un Estado establece responsabilidades claras de ese Estado por la violación de derechos humanos de los pueblos indígenas y sitúa en la ilegalidad cualquier actuación que se realice dentro de territorios indígenas.

La Constitución de la República de Panamá, requiere que el Estado garantice a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar, además que la Ley regule los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.

A pesar de las disposiciones de la Constitución, la reglamentación solo se ha cumplido para 5 de los 7 pueblos indígenas reconocidos por el Estado panameño, dejando además grandes extensiones. y que está relacionada con la brecha que a menudo se evidencia entre el cumplimiento de las reglas y la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, se ha constatado que se requiere un mayor nivel de análisis y estudio para adaptar el cumplimiento de la norma a la pertinencia étnica y poder garantizar así los derechos.

A pesar de todas las normativas internacionales y normas nacionales que el Estado panameño ha ratificado o aprobado y que de una u otra forma desarrollan la

obligatoriedad de la Consulta, se hace imperante la ratificación del Convenio 169 de la OIT. A medida que pasen los años, las crisis por el conflicto natural ente la necesidad de fuentes de energía y el derecho de los pueblos indígenas a vivir y desarrollarse en su territorio se hará más fuerte.

La no existencia de recursos como el carbón o el petróleo en nuestro territorio inclinan la necesidad a las áreas indígenas, repletas de fuentes hídricas, donde la cosmovisión indígena ha salvaguardado de manera efectiva estos recursos.

Para esto se requiere cumplir a cabalidad los procedimientos de Consulta Previa, por parte del Estado y las empresas, de igual se requiere una dirigencia indígena, seria, moral, respetuosa de sus costumbres, dispuesta a busca el bien de su comunidad.

ANEXO

PREGUNTAS RECURRENTE EN RELACIÓN CON LA CONSULTA Y CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO.⁷⁶

Preguntas recurrentes que brinda respuestas, para crear base a los conceptos o términos que se han de emplear para una mayor creación de capacidades, para identificar las diferencias de concepto.

¿Cuál es la diferencia entre “consulta previa” y “consentimiento libre, previo e informado”

La consulta es un derecho previsto tanto en la Convención 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas añade el consentimiento libre, previo e informado. La consulta es el proceso usado para llegar esto.

consentimiento libre, previo e informado necesita realizarse a través de un proceso de diálogo intercultural, caracterizado por lo siguiente:

1. La consulta debe iniciarse previo a la toma de decisiones;
2. Debe proporcionarse información completa y culturalmente apropiada;
3. Las comunidades indígenas deben tener tiempo para el dialogo y el debate interno libre de presiones y coerción;
4. Deben expresar completamente los efectos en sus derechos durante el diálogo intercultural;
5. El proceso debe llegar a un acuerdo y/o consentimiento.
6. El consentimiento no implica el veto. Sin embargo, todos los acuerdos alcanzados durante el proceso de consulta son vinculantes.

¿Qué actividades requieren del consentimiento?

La Convención 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas llaman explícitamente a consulta y consentimiento en los siguientes casos:

⁷⁶ J. Hartling, ONU- REDD, Segundo Taller Regional sobre la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado Ciudad de Panamá, octubre 2013, Páginas 97-98

Cualquier actividad que presente un riesgo para las condiciones de subsistencia;
Para cualquier tipo de reubicación o transferencia de los pueblos indígenas;
Previo al uso de los territorios de los pueblos indígenas para actividades militares; Previo a la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios u otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, uso o explotación de minerales, agua y otros recursos.

Estos deben ser considerados requerimientos mínimos. Siempre es preferible alcanzar consentimiento o acuerdo, ante el tema o problema en cuestión.

¿Cuáles son los indicadores de consentimiento? ¿Cómo saber cuándo se logra un acuerdo? ¿Hay documentación?

El consentimiento es una muestra de un acuerdo en una situación particular. Puede existir un acuerdo en una parte de un proyecto, en elementos particulares de un proyecto, o en el proyecto completo. Es muy importante documentar los acuerdos en algún tipo de formato. Esto puede ser a través de un acuerdo formal firmado o de una carta que documente y reconozca todos los acuerdos.

¿Cuándo se lleva a cabo una consulta?

Una consulta debe darse previo a la toma de decisiones que puedan afectar significativamente los derechos indígenas. Algunas decisiones requieren de una consulta, mientras que para otras puede requerirse mayor análisis. Cada medida necesita ser analizada por su potencial para impactar los derechos indígenas esto ayudará a determinar el nivel apropiado de consulta. La consulta puede ser una actividad que requiere mucho tiempo, por lo que siempre es preferible iniciar la consulta lo antes posible.

¿Quién tiene derecho a participar en la consulta? ¿Con quién se hace la consulta? ¿Quién representa a los pueblos indígenas?

A pesar de que el principio de la consulta aplica generalmente a toda la población, el derecho a la consulta y el CPLI como lo establece la Convención 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, son derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales.

La consulta debe llevarse a cabo con los representantes de las instituciones de los pueblos indígenas, usando procedimientos culturalmente apropiados. Los gobiernos

tienen la obligación de respetar las estructuras y mecanismos en la toma de decisiones de los pueblos indígenas.

La consulta se debe llevar a cabo con los pueblos indígenas que puedan estar significativamente afectados por una decisión particular del gobierno.

Se debe poner cuidadosa atención a cuáles grupos viven en la proximidad o cercanía y que también puedan resultar afectados. Los grupos nacionales también pueden desempeñar un papel en la consulta. Los participantes del gobierno en la consulta deben ser los ministerios responsables de la consulta con los pueblos indígenas y/o las decisiones relacionadas con las mediciones en cuestión.

¿Quién es responsable de la consulta?

Son los gobiernos los que tiene la obligación y el deber de asumir la consulta con los pueblos indígenas. Sin embargo, todas las partes en consulta deben ser responsables de su participación de buena fe. Mientras es la responsabilidad del gobierno consultar, terceras partes pueden desempeñar un papel importante en algunos de los procesos de la consulta.

Los principales participantes en el proceso de consulta deben acordar quienes son las terceras partes y cuáles son sus roles y responsabilidades en la consulta.

¿Qué se considera una “buena” consulta?

Como mínimo, una buena consulta debe seguir las normas establecidas en la Convención 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

El proceso de consulta está caracterizado por lo siguiente:

Se debe llevar a cabo previo a la toma de decisiones;

1. Se requiere de transparencia y completa provisión de la información necesaria para el debate interno;
2. Diálogo intercultural entre los pueblos indígenas y los gobiernos;
3. Procedimientos culturalmente apropiados;
4. Alcanzar acuerdos y/o consentimiento;
5. El proceso de diálogo debe estar libre de coerción o interferencia;
6. Los acuerdos son vinculantes;
7. Donde sea posible, los pueblos indígenas se deben beneficiar de los proyectos.

¿Qué es considerado como “plazos razonables” en la consulta?

Óptimamente los gobiernos y los pueblos indígenas alcanzarán un acuerdo dentro de un plazo apropiado para la consulta, basados en la razonabilidad con respecto a los plazos establecidos y a los mecanismos de toma de decisiones de los grupos indígenas y del gobierno.

¿Qué significa “libre”, en consentimiento “libre”, previo e informado?

Libre se refiere a la libertad de los pueblos indígenas de participar en la consulta en su forma habitual, libre de coerción, manipulación o intimidación.

¿Qué sucede cuando no se logra acuerdo o consentimiento?

Si no se alcanza un consentimiento o acuerdo, el gobierno tiene la autoridad para tomar una decisión. Sin embargo, el gobierno no debe ignorar en su decisión final cualquier información importante que afecte sustantivamente a los pueblos indígenas. Además, el gobierno debe brindar una respuesta escrita a los pueblos indígenas especificando la decisión y las razones por las cuales se toma esta.

Los pueblos indígenas deben contar siempre con vías legales disponibles para ellos en las que puedan buscar resarcimiento y reparación, así como asegurar que sus derechos sean respetados.

¿Cuál es el proceso para beneficiar las discusiones para los pueblos indígenas?

El contenido sustantivo o propósito de una consulta es analizar las afectaciones que decisiones particulares tienen sobre los pueblos indígenas, en caso de que existan, y la manera como estas pueden ser evitadas. Los gobiernos y los pueblos indígenas deben discutir las posibles medidas o soluciones que no afecten sustantivamente sus derechos. Como se señala en los acuerdos internacionales, los pueblos indígenas deben beneficiarse de cualquier proyecto que afecte significativamente sus derechos. Esos beneficios deben ser proporcionales con el nivel de impacto y deben estar negociados bajo circunstancias equitativas entre el proponente (solicitante) y los grupos indígenas afectados.

¿Quién evalúa y monitorea la consulta y cuál es su rol?

Debido a la fragilidad en la confianza entre los gobiernos y los pueblos indígenas, en algunos países se ha requerido de observadores para acompañar el proceso de consulta y señalar las deficiencias y posibles mejoras en el proceso – por ejemplo, el Defensor(a)

del Pueblo, organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, el Tribunal Electoral, ONG, la Iglesia Católica, universidades, etc.

Todas las partes involucradas en la consulta deben desarrollar indicadores apropiados para ayudar a medir, evaluar y mejorar la consulta entre el gobierno y los pueblos indígenas. Un enfoque basado en principios ha sido utilizado en algunos casos –donde los indicadores están basados en principios como libre, previo, informado, buena fe, transparencia, rendición de cuentas, etc.

¿Cuál es el rol de las terceras partes, sector privado, industrial en la consulta?

Si bien es obligación de los gobiernos consultar, pueden existir papeles importantes en la consulta para el sector privado o terceras partes si estos son proponentes o solicitantes de un proyecto particular. Los gobiernos y los pueblos indígenas pueden acordar el rol apropiado para las terceras partes durante las consultas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Clavero, *Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.
2. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José, C.R. IIDH, 2016.
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en México*. CIDH, Washington, D.C., 2015, [citado 14/3/2016].
4. J. Ospina. “*La Consulta Previa en Panamá, los Casos de las Hidroeléctricas Barro Blanco, Chan I y Chan II*”, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2015.
5. L.A. Patiño, ‘*Fundamentos y Práctica Internacional del Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada a Pueblos Indígenas*’, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 7, 2014.
6. J. Hartling, “*Guía de buenas prácticas para la Consulta Previa en las Américas*”, Konrad Adenauer Stiftung e. V. 2017.
7. A. Terrazas V, & Ch. Rodríguez, D “*La Consulta Previa en el Estado Boliviano. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*” La Paz, Fundación Konrad, 2012.
8. Oficina Regional Para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Derechos Humanos “*Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América*” Central, Tomo 2, Edición: noviembre de 2011 página 246

9. Ma. Larios, *Lineamientos para la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado en el marco de las salvaguardas ambientales y sociales para proyectos REDD+*: Una oportunidad para la instrumentalización de mecanismos de participación. San José, Costa Rica: UICN, 2016.
10. Ch. Mónica (2010), *Derechos colectivos y nacionalidades, Evaluación de una década 1998-2008*, IWGIA, Quito, p. 27.
11. MINGOB / Banco Mundial, Implementación del Plan de Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Panamá, 17 de enero de 2018.
12. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas, San José, C.R. IIDH, 2016
13. César Rodríguez Garavito, Meghan Morris (dirs.) Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional* Justicia Global 2, noviembre de 2010.
14. T. Buppert y A. McKeehan. *Directrices para la Aplicación del Consentimiento Libre, Previo e Informado: Manual para Conservación Internacional*. Arlington, VA: Conservation International, 2013.
15. Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 29 de julio de 2016, (A/71/2291), párrafo 11

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. El Convenio N.º 169, sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT, entra en vigor el 5 de septiembre de 1991

2. El Convenio N.º 107, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, Aprobado el 26 de junio de 1957.
3. Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, marzo 2008.
4. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Doc. ONU A/CONF.39/27, fue firmada el 23 de mayo de 1969, entró en vigor, 27 de enero de 1980.

PUBLICACIONES

1. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli- Corpuz, 21 de julio de 2017, párrafo 62.
2. J. Anaya, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Situación de los derechos de los pueblos indígenas en Panamá*. A/HRC/27/52/Add.1, 7 de mayo de 2014.
3. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas Informe sobre el 17º período de sesiones, (E/2018/43 E/C.19/2018/11), 16 a 27 de abril de 2018.
4. J. Anaya. “Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Casos examinados junio 2009 - julio 2010”. A/HRC/15/37/Add. Ginebra, 2010.
5. Informe de presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz, para el coloquio internacional sobre la Consulta Libre, Previo e Informado: Estándares y Experiencias internacionales y regionales (Ciudad de México, 8 de noviembre de 2016), párrafo 1

6. Informe de la Relatora Especial del consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Sra. Sra. Victoria Tauli-Corpuz, de 29 de julio de 2016, (A/71/2291), párrafo 11
7. Consejo de Derechos Humanos 36° (A/HR/36/NGO/64), 30 agosto de 2017, Párrafo 5.
8. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el 17º, periodo de sesiones, (E/2018/43E/C.19/208/11), párrafo 28.
9. Informe del Primer Relator, Dr. Rodolfo Stavenhagen (2001-2007), Sobre la situación de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
10. Victoria Tauli- Corpuz, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 21 de julio de 2017, párrafo 62
11. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia Medio Ambiente y Derechos Humanos.

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Ley 37 de 2 de agosto de 2016, publicada en la Gaceta Oficial N.º 28090-A de 5 de agosto de 2016. “Que establece la consulta y consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas en Panamá”.
2. Constitución Política de la República de Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Sexta Edición. Febrero, 2005.
3. Ley 72 de 2008 de 23 de diciembre de 2008, Gaceta oficial No. 28090 “Que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de tierras de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas”

4. Decreto Ejecutivo N.º 223 de 29 de 06 de 2010 que reglamenta la Ley 72 de 2008.
5. Ley 41 de 1998, Ley General del Ambiente de Panamá Gaceta Oficial No. 23,578.

REVISTAS

1. Colectivo Voces Ecológicas COVEC. Es una organización ecológica política cuyo objetivo es promover la defensa de los derechos socioambientales de las comunidades para alcanzar el desarrollo sustentable.
2. Instituto Nacional de Estadística y Censo de la República de Panamá. “Resultados Básicos del Censo de Población y VII de Vivienda del año 2010”. Panamá, 2010.
3. Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, reconocidos por la República de Panamá.

JURISPRUDENCIA

1. CorteIDH, Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C. No. 284, Párrafo 117.
2. AMICUS CURIAE “Estándares Internacionales sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” Expediente de Apelación de Sentencia 4785-2017 Of. 4 referencia 1076-2016.
3. CorteIDH, *Yakye, Axa, y Sawhoyomxa vs. Paraguay* (Sentencia del 28 de noviembre de 2007).
4. CorteIDH, *Kiwcha de Sarayaku vs. Ecuador* (Sentencia del 27 de junio de 2012), párrafos 117-227.
5. CorteIDH *Kaliña y Lokono vs. Surinam* (Sentencia del 25 de noviembre de 2015). párrafos 117-227.
6. CorteIDH *Saramaka vs. Surinam* (Sentencia del 28 de noviembre de 2007). párrafos 133-137